

## La théorie générale de la preuve

A titre liminaire on peut signaler qu'il n'existe pas, en manière répressive, de théorie générale de la preuve pénale comme il en existe une en droit civil. Seule quelques dispositions régissent la matière et la jurisprudence joue un rôle considérable sur lequel il faudra, évidemment, revenir.

3 points fondamentaux peuvent être étudiés.

Le premier sera consacré à la charge de la preuve, le second à l'administration de la preuve, quelles sont les moyens de preuves admis et le dernier sera consacré à l'appréciation de la preuve.

S'agissant de la première partie, nous évoquerons successivement 3 points importants sur la question de la charge de la preuve.

Deux divisions fondamentales.

Le principe de la présomption d'innocence est prévue par différents textes. Il est prévu depuis la loi du 15 juin 2000 à l'article préliminaire du code de procédure pénale, il est également prévu dans le bloc de constitutionnalité puisque ce principe figure dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. La convention européenne des droits de l'homme prévoit également le principe de la présomption d'innocence ce qui a pour conséquence, évidemment, de rendre applicable ce principe au juge mais au législateur lui-même. Le principe de la présomption d'innocence a une portée considérable en termes de preuve, puisque c'est à la partie poursuivante, c.à.d. au magistrat du ministère public, au parquet, d'apporter la preuve de l'infraction dans tous ces éléments. Le magistrat du parquet devra donc apporter la preuve de ce qu'un texte existe, qui prévoit le comportement répréhensible, ainsi que la peine qui y correspond, cela conformément à l'exigence de l'égalité criminelle, le parquet devra en outre apporter la preuve de l'élément matériel de l'infraction, qui peut consister en une action, en une omission, il devra évidemment prendre en considération la particularité de l'infraction. Est-elle simple, complexe, d'habitude, instantanée, continue, formelle ou matériel, enfin le parquet devra également apporter la preuve de l'élément morale de l'infraction, conformément aux exigences prévues à l'article 121-3 du code pénal. Il devra donc apporter la preuve, soit du caractère intentionnel de l'infraction, soit de son caractère non intentionnel. Dans tous les cas, si il subsiste un doute sur l'un de ses éléments, ce doute devra nécessairement profiter à l'accusé. Les juridictions de jugement, le tribunal correctionnel, devra mais également le tribunal de police, devront relaxer le prévenu, si un doute existe quant à sa culpabilité, la cour d'assise devra acquitter l'accusé. Ceci par application de la règle « In dubio Pro reo ».

Si la présomption d'innocence est importante, et bien le législateur s'est attaché à la renforcer de manière successive par le recourt à des dispositions générales mais également en prévoyant dans quelques dispositions spécifiques, une possibilité de renforcer ce principe fondamentale.

L'article 9-1 du code civil prévoit que la personne qui a été présentée à tort comme coupable avant toute décision de condamnation peut demander en référé au juge civil la cessation de cette atteinte à la présomption d'innocence. Par ailleurs, plusieurs autres dispositions du code de procédure pénale prévoient qu'en cas de non lieu de relax ou d'acquittement, la personne a le droit de demander l'insertion dans un journal de cette décision attestant de son innocence. S'agissant des dispositions spécifiques, la loi de 1880 sur la presse prévoit en particulier que la personne qui fait l'objet d'une accusation peut présenter un droit de réponse, par ailleurs, cette personne, a droit à la protection de son image. L'article 35 ter de la loi de 1881 prévoit qu'une personne photographiée ou qui fait l'objet d'un enregistrement audio-visuel alors qu'elle est menottée ou entravée ou qu'elle est dans une situation laissant paraître qu'elle est placée en détention provisoire et bien peut poursuivre l'auteur de cette diffusion.

Trois points seront abordés.

Des nuances sont apportées au principe de la présomption d'innocence, en particulier en ce qui concerne l'élément légal la preuve des faits justificatifs appartiennent à celui qui s'en prévaut. Nécessairement à la personne poursuivie, sauf, évidemment, les cas de présomption de légitime défense.

Par ailleurs, il existe des présomptions d'existence de l'élément matériel de l'infraction. Il faut signaler qu'en la matière, ces présomptions de culpabilité, comme les appels de manières générique ont été validées à la fois par le conseil constitutionnel, à l'occasion d'une décision du 16 juin 1999 qui concernait les contraventions. Mais ces précomptions de culpabilités, qui viennent donc entraver de manière direct le principe de la présomption d'innocence ont été également entériné par la cours européenne des droits de l'homme. En particulier dans un arrêt « salaviacou » du 7 octobre 1988. Si ces présomptions de culpabilités sont valables, elles doivent néanmoins répondre à un certains nombres de conditions, en particulier ces présomptions ne doivent pas être irréfragable. On doit donc laisser à la personne poursuivie, la possibilité de rapporter la preuve contraire. Ainsi différents textes prévoient des présomptions de culpabilités, il en est ainsi en matière de proxénétisme, de trafic de stupéfiants, il en est également de même en matière de sécurité routière où bien souvent c'est le titulaire du certificat d'immatriculation qui endossera la responsabilité d'ordre pécuniaire. S'agissant de l'élément moral, la présomption d'innocence est également quelque peu tempérée. Deux points doivent être envisagés. D'une part, il faut signaler que comme pour les faits justificatifs, c'est la personne qui s'en prévaut qui devra en apporter la preuve, ainsi si la personne poursuivie prétend qu'elle a été atteinte d'une cause de non implacabilité quelqu'elle soit : démense, contrainte ou erreur de droit, il lui appartient alors de le prouver. Par ailleurs la loi prévoit des présomptions d'existence de l'élément moral, c'est la cas en matière d'imputation diffamatoire, puisque celui qui porte atteinte à l'honneur, à la considération est présumé l'avoir fait de mauvaise fois, la jurisprudence, également, se livre à quelques nuances de la présomption d'innocence, puisque elle considère que la preuve de l'élément moral peut être tiré de certaines circonstances de fait. Ainsi en matière d'homicide volontaire, elle considère que les circonstances de type purement factuel, telle que les caractéristiques de l'arme utilisée, la distance qui séparait l'auteur et la victime, le nombre de coups portés, la partie vitale ou non visée, sont autant d'indices qui convergeront pour caractériser l'existence d'une intention de tué et donc d'un meurtre. Toutes ces présomptions, qui concernent l'élément moral, sont également validées.

Deuxième parties.

Deux points seront évoqués.

La liberté de la preuve est un principe qui est prévu par l'article 427 du code de procédure pénale, qui prévoit que tous les modes de preuves sont admis. Ce principe de liberté jouit d'une certaine souplesse, ce qui permet aux autorités de répression de ne pas être entravés de manière inconsidérée dans leurs investigations. Le principe est à la fois justifié au regard de cet impératif qui tiens à la répression mais il est également fondé sur une autre considération élémentaire : L'infraction est un fait juridique qui doit, en conséquence, pouvoir être rapporté par tous moyens.

Deux points seront évoqués.

La liberté de la preuve n'est pas un principe absolu puisque ce principe est tempéré par une autre règle, tout aussi importante, qui est la légalité de la preuve. La preuve obtenue, pour être valide, recevable, doit être légale. Ainsi la fin ne justifie pas les moyens, ne peu parvenir à la manifestation de la vérité à n'importe quel prix. Les juges internes et Européens vont dans le même sens, les arrêts rendus par la chambre criminelle témoignent de la vitalité de ce principe de légalité de la preuve. Ainsi pour ne cité que quelques exemple, on peu citer se fameux arrêt rendu en 2001 qui a considéré que l'audition sous hypnose d'un suspect n'était pas valable. Pareillement et de manière beaucoup plus récente, en 2007, la cours de cassation a invalidé un procédé qui avait consisté pour les gendarmes, à photographier des

plaques d'immatriculation de véhicule a l'intérieur d'un lieu privé. Elle a considéré que ce procédé qui n'était pas prévu par le législateur, ne pouvait être utilisé par les gendarmes dans le cadre d'une enquête préliminaire. Cet arrêt de la chambre criminelle, révèle la force de ce principe de légalité. La cours européenne des droits de l'homme va dans le même sens puisqu'elle a constaté, au moins a deux reprise, une violation de l'article 3, à l'occasion des arrêts thomasy et selmony, l'article 3 de la convention européenne, prohibe la torture ainsi que les traitements et peines inhumaine et dégradante. La cours européenne a considéré dans ses affaires, de 92 et de 99, qu'on ne pouvait en garde a vue, infliger des mauvais traitements, pour obtenir une preuve, tous les moyens ne sont donc pas justifiés, ils doivent étes conformes à ce que prévoit la loi au sens large, loi émanant du parlement mais également convention européenne des droits de l'homme.

Le principe de l'égalité vient tempérer le principe de liberté de la preuve, il existe un autre tempérament au principe de liberté, c'est celui de la loyauté, en plus d'être légale, la preuve doit être loyale. Toute fois il faut distinguer le sort de trois personnels différents, les agents publics, les particuliers, enfin il faudra apporter quelques petites précisions finales. S'agissant des agents publics, la jurisprudence se refuse à admettre qui puisse recourir a un mode de preuve déloyale. Le principe de loyauté a été dégagé par les chambres réunies a l'occasion de la célèbre affaire de Wilson de 1888 où un magistrat instructeur avait imité la voix d'un suspect au téléphone afin de confondre son complice. Depuis lors, cette solution n'a cesser d'être renforcer par la jurisprudence, qui affirme et réaffirme ce principe de loyauté a l'égard des agents publics. Elle considère en effet que la dignité de leur fonction s'accommode mal d'une déloyauté afin d'obtenir une preuve. Suite à cet arrêt de principe Wilson, la solution a donc été confirmée a de multiple reprise pour ne prendre que des illustrations récente. On peu notamment signaler l'arrêt de la chambre criminelle de 2006 où il s'agissait d'un agent public qui avait agit par personne interposée. Il avait demandé a un particulier de se livrer a preuve déloyale, la cours de cassation n'a pas admis se subterfuge, elle a considéré que le rejet de la preuve déloyale s'applique a l'agent public agissant personnellement, mais aussi a l'agent public qui recourt a un particulier. De la même manière, le principe a été réaffirmé en 2007 à l'occasion d'une affaire qui concernait un mode de preuve déloyale mais obtenue par une autorité public étrangère. La cours de cassation a fait extension de se principe de loyauté à cet agent public étranger, il a donc une force considérable en procédure pénal puisque la loyauté s'impose, en tout cas pour les agent public, avec des conséquences non négligeables puisque la preuve ne sera pas admise si elle émane d'un agent public qui se livre a de tel procédés. S'agissant du deuxième aspect, les particuliers a la différence des agents publics, peuvent se livrer a un procédé déloyale, ils n'ont pas les moyens coercitifs dont dispose les agents publics, par ailleurs ils ne sont pas investi d'une mission particulière, la jurisprudence manifeste donc une certaine souplesse en ce qui les concernes. Par principe ils peuvent se livrer a un procédé déloyale. Les manifestations les plus importantes de cette indulgence des juges répressifs peuvent s'articuler autour du rappel de deux arrêts fondamentaux de la chambre criminelle. Le premier concerne le testing, l'opération de testing, destinée à traquer les infractions de discrimination, ce procédé a été validé en 2002, d'ailleurs le législateur a suivi la jurisprudence en consacrant une disposition spécifique dans le code pénal a ce procédé qui est désormais autorisé par le législateur lui-même. Par ailleurs, il a été admis dans un arrêt de 2007 qu'une personne privée pouvait enregistrer une conversation qu'elle avait avec une autre personne afin de pouvoir contrecarrer les accusations mensongères qui étaient portées contre elle. Donc ce type de procédé déloyal, par hypothèse, est admis par la jurisprudence sans aucune difficulté. S'agissant du troisième aspect, il importe sur la loyauté d'effectuer des précisions finales, en effet, les règles sont loin d'être figée, par principe, l'agent public ne peut se livrer a un procédé déloyale, par principe également, le particulier peut se livrer a une telle preuve, toutefois derrière ses affirmations de principe se profil quelques nuance qu'il convient de mettre en relief. D'abord s'agissant des agents publics, il importe de procéder une distinction entre la provocation a la preuve et la provocation a la commission d'infraction. L'agent public ne peut en aucun cas provoquer a la commission de l'infraction, il peu provoquer a la preuve, ce qui nécessite de sa part qu'il se cantonne a un rôle purement

passif et si il joue un rôle actif et que son rôle est prédominant dans la réalisation de l'infraction ce stratagème sera écarté. Toute fois il faut signaler sur ce point que le législateur apporte des tempérament a cette prohibition des provocations puisqu'il admet qu'un policier peut, a certaine condition, s'infiltrer dans un réseau de trafiquants de stupéfiants par exemple. Autre nuance qui vient tempérer la loyauté s'agissant des agents public, la preuve déloyale a été admise dans un arrêt, isoler mais qu'il convient tout de même de signaler, c'est l'affaire des « Payotcourse » rendu en 2004 par la chambre criminelle. Dans cet arrêt en effet, les magistrats de la cours de cassation estime qu'un enregistrement effectué par un gendarme est admis à partir du moment où il n'a pas constitué le seul élément probatoire. Pour les agents publics, il convient donc, au vue de ces deux éléments, de tempérer le principe de refus de la preuve déloyale. S'agissant des parties privées, l'indulgence, en ce qui les concerne a ces limites. En effet la jurisprudence considère de manière constante que les parties privées ne peuvent attenter a la vie privée, donc si ils peuvent recourir a un procédé déloyale, celui-ci ne doit pas porter atteinte au respect de la vie privée. Cette exigence élémentaire figure à l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme. Elle a été rappelée a l'occasion d'un arrêt de 2006, une conversation avait été enregistrée, la cours de cassation considère que cet enregistrement est valide à partir du moment ou aucun élément ne peut se rattacher a la vie privée. Par ailleurs, un arrêt plus récent, avril 2007, censure les juges du font qui n'ont pas vérifié qu'un document extrait d'un dossier médical, a l'insu évidemment de la personne intéressée, était ou non attentatoire à la vie privée, pour ne pas avoir procédé a cette vérification, la cours de cassation a décider de casser l'arrêt de la cours d'appel. Donc comme l'a signalé le principe de loyauté, si il varie selon l'auteur de la déloyauté, doit être nuancé à la fois au regard des agents publics et des parties privées.

Trois points seront consacrés a l'appréciation de la preuve.

Comment les juges apprécie-t-il la preuve qu'il leur est soumise, quel son les systèmes théoriquement concevable. Il existe deux systèmes bien différents. Le premier système est celui de la preuve légale, selon ce système le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation. Les preuves sont tarifées, à chaque preuve correspond une valeur particulière. Ainsi on a pu considérer sous l'ancien régime que l'aveu était la reine des preuves, la proba probatissima. A l'inverse, le système de la preuve morale offre toute l'attitude au juge répressif, afin d'apprécier les preuves qui lui sont soumises, donc il n'a absolument pas a se fier à une quelconque valeur qui n'est absolument pas prévue par le législateur. Ce juge répressif est donc libre d'apprécier selon son intime conviction, les preuves qui lui sont soumises. Le législateur contemporain opte pour le second système mais on sera amener a constater que parfois l'accord d'une force particulière a certain modes de preuves.

Deux points seront consacrés à l'intime conviction.

S'agissant du principe de l'intime conviction. Ce principe de l'intime conviction est aujourd'hui consacré par différents textes, il s'agit de l'article 536 pour le tribunal de police, 427 pour le tribunal correctionnel et puis 353 du code de procédure pénal s'agissant de la cours d'assise. Ce principe de l'intime conviction laisse a la libre appréciation des juges, les preuves qui lui sont apportées. Toutes les preuves sont donc sur un pieds d'égalité, l'aveu, le témoignage, les expertises, toutes ces preuves sont théoriquement égales.

L'intime conviction se trouve nuancée par 2 paramètres qu'il convient de signaler. Le premier paramètre tiens à l'obligation de motivation. Tous les juges sont soumis a une obligation de motivation, ils doivent donc signaler les preuves sur lesquelles ils se sont fondés afin de fonder leur intime conviction. La cours d'assise, compte tenu de sa particularité et de sa composition en particulier, puisqu'elle est composée de jurés issus du peuple, n'est pas soumise a cette obligation de motivation. Le deuxième paramètre qui vient tempérer le principe de l'intime conviction, c'est celui du respect des droits de la défense. Ainsi si les juges apprécient librement les preuves apportées, et bien ils doivent les soumettre à des débats contradictoires. Cette exigence est cruciale, elle n'est pas simplement une exigence de la part des juges eux-mêmes, elle est une exigence législative puisqu'elle est prévue par l'article 427 du code de procédure pénale lui-même, elle est issue également de la

convention européenne des droits de l'homme qui prévoient que toute personne a droit a un procès équitable. Donc la possibilité de discuter des preuves fait partie des tempéraments au principe de l'intime conviction les juges ne peuvent discuter que des preuves apportées devant eux et soumis a débat contradictoire. Il importe de signaler que la jurisprudence est plutôt souple puisqu'elle considère que la transmission, même tardive des pièces, suffit à respecter le principe du contradictoire.

L'intime conviction n'est pas un principe absolu, le juge, en effet, est parfois lié par une force particulière accordée à certain procès verbaux. Telle est le cas des procès verbaux rendus en matières contraventionnelle, l'article 537 du code de procédure pénal prévoit que la preuve contraire doit être apportée par écrits ou par témoins. Donc il est nécessaire de respecter ce texte, de ne pas apporter une preuve qui sortir du cadre légale, c'est le législateur lui-même qui vient exiger une preuve particulière. Ces procès verbaux sont donc dotés d'une portée probatoire fixée par le législateur lui-même. Il existe par ailleurs certain textes spécifiques qui prévoit une valeur probante plus forte puisque ces procès verbaux ne peuvent faire l'objet, pour être contestés, que d'une procédure particulière appelée procédure en inscription de faux qui est prévue à l'article 642 du code de procédure pénale. Ainsi certains procès verbaux dressé en matière de douane, de pêche ou de forêt sont dotés de cette force quasiment invincible sauf à respecter les exigences de la procédure en inscription de faux.

Voilà en ce qui concerne la théorie générale de la preuve pénale. Les trois points essentiels ont été soulignés et le rôle de la jurisprudence a pu, de cette façon, être mesuré.